

Les Cahiers de droit



Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité

Michelle Boivin

Volume 45, numéro 2, 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043798ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043798ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Boivin, M. (2004). Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité. *Les Cahiers de droit*, 45(2), 327–349.
<https://doi.org/10.7202/043798ar>

Résumé de l'article

Parmi tous les droits enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit à l'égalité est sans contredit le plus difficile à manier. Selon l'auteure, la difficulté est d'ordre conceptuel. Il n'y a aucun consensus, ni à la Cour suprême du Canada ni d'ailleurs dans la société canadienne à ce jour, sur ce à quoi ressemblerait une société véritablement égalitaire. Il s'ensuit que chacun et chacune y va de sa propre vision et que toute vision peut s'articuler ou non autour des critères d'analyse contextuelle proposés par l'arrêt *Law*. La jurisprudence récente de la Cour suprême en matière de droits à l'égalité, notamment les arrêts *Gosselin* et *Walsh*, témoigne avec éloquence de ce fractionnement des perspectives et des limites de la méthode propre au droit. Et encore, ces décisions n'abordaient même pas la question beaucoup plus difficile de l'« intersectionnalité » ou, autrement dit, des cas de discrimination fondée sur plusieurs motifs. Dans un autre ordre d'idées, la discipline du droit risque de devenir complètement marginalisée et dénuée d'importance pour la majorité des citoyennes et des citoyens dans la société de demain, en raison de son hermétisme, de ses revirements imprévisibles et de son manque de solutions adéquates aux problèmes socioéconomiques soulevés par les droits à l'égalité.

Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité*

Michelle BOIVIN**

Parmi tous les droits enchâssés dans la Charte canadienne des droits et libertés, le droit à l'égalité est sans contredit le plus difficile à manier. Selon l'auteure, la difficulté est d'ordre conceptuel. Il n'y a aucun consensus, ni à la Cour suprême du Canada ni d'ailleurs dans la société canadienne à ce jour, sur ce à quoi ressemblerait une société véritablement égalitaire. Il s'ensuit que chacun et chacune y va de sa propre vision et que toute vision peut s'articuler ou non autour des critères d'analyse contextuelle proposés par l'arrêt Law. La jurisprudence récente de la Cour suprême en matière de droits à l'égalité, notamment les arrêts Gosselin et Walsh, témoigne avec éloquence de ce fractionnement des perspectives et des limites de la méthode propre au droit. Et encore, ces décisions n'abordaient même pas la question beaucoup plus difficile de l'« intersectionnalité » ou, autrement dit, des cas de discrimination fondée sur plusieurs motifs. Dans un autre ordre d'idées, la discipline du droit risque de devenir complètement marginalisée et dénuée d'importance pour la majorité des citoyennes et des citoyens dans la société de demain, en raison de son hermétisme, de ses revirements imprévisibles et de son manque de solutions adéquates aux problèmes socioéconomiques soulevés par les droits à l'égalité.

* L'auteure tient à remercier de façon toute particulière l'évaluatrice ou l'évaluateur anonyme dont les commentaires judicieux et les pistes de réflexion fructueuses ont sensiblement amélioré le présent texte. Certaines indications ont d'ailleurs été reprises intégralement sans attribution possible, anonymat oblige. Elles sont néanmoins indiquées entre guillemets, comme il se doit, avec la mention suivante, à titre de référence dans les notes : « Rapport d'évaluation ».

** Professeure titulaire, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

Of all the rights guaranteed by the Canadian Charter of Rights and Freedoms, equality rights are, beyond a doubt, by far the most difficult to handle. In our opinion, this difficulty is conceptual in nature. There is no consensus, neither at the Supreme Court of Canada, nor in Canadian society at large, as to what a truly egalitarian society would look like. As a result, everyone has their own vision and the contextual criteria proposed by Law are both wide and ambiguous enough to accommodate any and all opinions. The most recent case law of the Supreme Court of Canada in equality matters, most notably the decisions in Gosselin and Walsh, provide eloquent examples of this division of opinions and of the limits of legal methodology. Moreover, these cases do not even deal with the much more difficult question of “intersectionality” or, in other words, of cases involving discrimination based on multiple grounds. Seen from a larger perspective, law as a discipline is in danger of becoming completely marginalized and unimportant for a majority of citizens in tomorrow’s society, because of its abstruseness, its unpredictability and its lack of adequate remedies to alleviate the socioeconomic problems raised by equality rights.

	<i>Pages</i>
1 La notion de l’égalité	329
2 La détermination du groupe victime de discrimination et du groupe de comparaison	334
3 Le manque de solutions juridiques adéquates et le risque de marginalisation du droit	344

Malgré le titre du présent texte, nous avouons d’emblée ne pas être en mesure de fournir ce nouveau cadre conceptuel. Notre contribution se limitera à formuler quelques idées sur le thème de l’égalité et à présenter en vrac des pistes de réflexion sur la notion de l’égalité pour traiter ensuite de la détermination du groupe victime de discrimination et partant, du groupe de comparaison, à la lumière de la jurisprudence récente en matière de

droits à l'égalité. Nous examinerons notamment les arrêts *Law*¹, *Gosselin*² et *Walsh*³. Suivront enfin quelques remarques sur le manque de solutions juridiques appropriées et le risque que la discipline du droit devienne de plus en plus marginale dans la société de demain.

Nous avons organisé en septembre 2002, avec notre collègue Elizabeth Sheehy, professeure, le colloque intitulé « L'apport du féminisme au droit : les contributions de l'honorable juge Claire L'Heureux-Dubé⁴ ». Nous y avons présenté une communication ayant pour titre « Les principes féministes en action : l'interprétation judiciaire de Claire L'Heureux-Dubé » ou — avec un clin d'oeil affectueux — « VOIR JUSTE, VOIR CLAIR/E⁵ ». Dans cette communication, nous avons mis l'accent sur deux aspects fondamentaux de l'œuvre de la juge Claire L'Heureux-Dubé, soit son féminisme humaniste et son réalisme. Nous parlerons ici de l'égalité en termes beaucoup plus généraux, sans nous limiter à l'œuvre judiciaire de Claire L'Heureux-Dubé mais sans l'oublier non plus, car elle est incontournable en ce domaine. Nous tenons à la remercier de cette contribution essentielle.

1 La notion de l'égalité

Parmi tous les droits, la notion du droit à l'égalité est sans contredit la plus difficile à manier. Le seul point sur lequel tout le monde s'entend, c'est qu'il s'agit d'un concept comparatif. À partir de là, aucun consensus, ni à la Cour suprême du Canada ni d'ailleurs dans la société canadienne à ce jour. À notre avis, la difficulté est d'ordre conceptuel, et il va falloir remédier bientôt à cette carence de plus en plus manifeste⁶. Le besoin est urgent. D'où vient le malaise ? Essentiellement du fait qu'il y a différentes façons

1. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 (ci-après cité : « arrêt *Law* »).

2. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 (ci-après cité : « arrêt *Gosselin* »).

3. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325 (ci-après cité : « arrêt *Walsh* »).

4. Ce colloque a eu lieu à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, le 27 septembre 2002. Les actes seront publiés dans un numéro spécial de la *Revue Femmes et Droit* (en préparation).

5. Ce texte paraîtra dans le numéro spécial de la *Revue Femmes et Droit*, précité, note 4.

6. Voir dans le même sens : DANIEL PROULX, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en arrière ? », (2001) 61 *R. du B.* 185 ; DAVID ROBITAILLE, « Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve ? Bonne chance ! », (2002) 62 *R. du B.* 321 ; CHRISTOPHER D. BREDT et ADAM M. DODEK, « Breaking the *Law's* Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 », (2003) 20 *S.C.L.R.* (2d) 33.

de concevoir l'égalité, qui sont fondées sur des positions philosophiques différentes et menant à des stratégies et recommandations diverses en droit. Les propos qui suivent traitent particulièrement de la situation des femmes, mais nous pourrions trouver des exemples parallèles pour les autochtones, les minorités visibles ou les personnes handicapées et ainsi de suite.

L'égalité est l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques de tradition européenne. Souvenons-nous qu'il s'agissait d'une des revendications de la Révolution française, d'où le cri « Liberté, égalité, fraternité ». Pourtant, en 1789, il ne venait pas à l'esprit de la majorité des hommes d'alors d'inclure dans les rapports d'égalité les femmes (sauf dans l'esprit de certaines personnes, dont Marie Gouze, dite « Olympe de Gouges »⁷). L'égalité, chez les aristocrates, marquait leur rapport avec les autres aristocrates, de même rang, qui admettaient néanmoins la supériorité du roi, celui-ci régnant par droit divin. Une valeur fondamentale, donc, mais dont l'extension a connu une évolution importante.

Prenons un autre exemple. Au moment de la rédaction de la Constitution des États-Unis d'Amérique, Thomas Jefferson, qui prônait l'égalité, a écrit ceci : « Nous tenons ces vérités pour évidentes par elles-mêmes — que tous les hommes naissent égaux, que leur Créateur les a dotés de certains droits inaliénables, parmi lesquels la vie, la liberté et la recherche du bonheur⁸. »

Cependant, Jefferson lui-même possédait des esclaves et il ne se sentait nullement en position de contradiction logique, car il était évident, pour lui, que des esclaves ne pouvaient aspirer à l'égalité, que les Noires et les Noirs n'étaient pas des membres de la société où jouait l'égalité. Ajoutons que le mot « hommes » ne comprenait pas les femmes. Inconcevable pour les Pères de l'Union, vu le contexte !

Voyons enfin un dernier exemple. Aristote — dont la pensée sur le thème de l'égalité a marqué (et marque encore) profondément notre époque — a vécu à une période de l'histoire où l'esclavage était la « loi générale⁹ » et où la femme était considérée comme fondamentalement inférieure à l'homme :

7. Voir la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* (1791), citée dans MICHÈLE SARDE, *Regards sur les Françaises, Xe siècle-XXe siècle*, Paris, Éditions Stock, 1983, p. 527 et suiv.

8. CARL BECKER, *La Déclaration d'Indépendance, contribution à l'histoire des idées politiques*, coll. « Vent d'ouest », Paris, Éditions Seghers, 1967, p. 261.

9. FRANÇOIS BARRET, *Histoire du travail*, coll. « Que sais-je ? », 6^e éd., Paris, PUF, 1960, p. 10.

Et la femme ? Selon Aristote, elle peut, comme l'homme, réfléchir et décider, mais son âme est inférieure. L'âme rationnelle, argumente-t-il, est la forme du corps dans l'unité de l'être humain. Or le corps de la femme étant de force et de beauté moindres que le corps masculin, il s'ensuit que l'âme de la femme est inférieure à celle de l'homme. L'organisme féminin, arrêté dans sa croissance embryonnaire par quelque facteur défavorable, n'atteint pas la plénitude de l'organisme masculin. Même dans la procréation, la femme demeure inférieure : la mère, passive, ne fournit que le lieu de croissance à une semence paternelle qui contient virtuellement tout l'enfant. Aussi la femme est-elle par fonction, par nature, tant chez les Grecs que chez les barbares, comme chez tous les animaux, sans autorité, soumise au commandement du plus parfait, l'homme. Sous l'autorité du mâle, elle n'a pas l'indépendance requise à l'exercice des vertus intellectuelles et morales¹⁰.

De là à conclure que la théorie aristotélicienne de l'égalité a pu être « contaminée », pour ainsi dire, par son époque et l'inégalité fondamentale des rapports femmes/hommes qui la caractérisait, peut-être n'y a-t-il qu'un pas¹¹ ?

Ces quelques exemples illustrent bien comment la notion du droit à l'égalité a évolué dans l'histoire et pourquoi, parmi tous les droits, cette notion demeure insaisissable, même si certains éléments sont désormais établis en droit. Ainsi, la nécessité de démontrer l'intention coupable a été rejetée comme élément nécessaire de la preuve de la discrimination dans l'arrêt *Robichaud*¹². L'arrêt *Andrews*¹³ a énoncé le principe de la recherche de l'égalité substantive au-delà de l'égalité purement formelle de telle sorte que la règle de la cécité de Thémis a été remplacée — heureusement ! — par une attention particulière accordée aux caractéristiques de la personne qui se plaint de discrimination ainsi que du groupe dont elle fait partie. C'est un concept comparatif qui sert à dénoncer l'exclusion. De plus, le critère d'appréciation de la discrimination est devenu la personne raisonnable placée dans la même situation que la personne qui allègue discrimination. Ce sont des pas de géant dans l'évolution du droit, et nous ne voulons pas en diminuer l'importance.

Dénoncer l'exclusion relève désormais de la facilité. Par contre, le problème de la façon de réaliser l'inclusion reste entier et la difficulté, répétons-le, est d'ordre conceptuel. La philosophe Louise Marcil-Lacoste, autrefois professeure à l'Université de Montréal, décédée subitement il y a quelques années, a passé en revue différentes conceptions de l'égalité dans

10. JEAN-MARC PIOTTE, *Les neuf clés de la modernité*, Montréal, Québec Amérique, 2001, p. 48.

11. Rapport d'évaluation, p. 3.

12. *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84.

13. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

un texte intitulé « Les problèmes contemporains de l'égalité¹⁴ ». Elle y décrit l'égalité morale « de tous les êtres humains comme droit imprescriptible, [...] notion à caractère éthique qui renvoie toujours d'une manière ou d'une autre à une dignité, une valeur, une spécificité proprement humaines qui, par-delà les différences observables entre les individus, témoigneraient de la qualité intrinsèque inaliénable des humains et de leur appartenance à l'humanité comme droit immanent à la justice dans les rapports sociaux¹⁵ ». Elle ajoute que cette notion de l'égalité pose des problèmes de justification et, bien que plusieurs critères aient été proposés selon diverses positions philosophiques (par exemple, l'âme, la rationalité, la responsabilité, la dignité, la pensée symbolique, la capacité de choix, la capacité de souffrir, la mort), le concept porte néanmoins une multitude de problèmes non résolus, dont l'incapacité de fonder une distinction logique entre l'espèce humaine et l'espèce animale. Elle conclut que « c'est pour avoir statué sur les dilemmes de l'égalité morale dans une indécision de principe tout en ayant conservé à cette notion générale d'égalité son rôle fondateur que la thématique contemporaine aborde les questions d'une égalité plus substantielle dans un climat marqué de confusion, voire de contradictions¹⁶ ».

Il est intéressant de constater que cette notion confuse d'égalité a néanmoins suffi pour résoudre les problèmes de discrimination grossière, c'est-à-dire l'exclusion pure et simple d'individus ou de groupes de la société en tout ou en partie. Cependant, la pensée contemporaine ne sait toujours pas comment aborder les autres formes dites « subtiles », indirectes, structurelles ou systémiques de discrimination, ni comment passer de l'exclusion à l'inclusion véritable, car la seule règle qui fasse consensus demeure la dénonciation de l'exclusion. Une large partie de la population est restée fixée sur la règle de la cécité qui consiste à traiter tous les membres d'un ensemble *sans* égard à leur race, leur sexe, leur statut, leur croyance, etc. Le symbole de la justice, Thémis aux yeux bandés, est sans doute au moins partiellement responsable de cette vision des choses. Le problème principal réside dans le fait que la position de certains groupes dans notre société tient précisément à leur race, à leur sexe, etc., et que ces attributs personnels deviennent ainsi le facteur clé pour expliquer leur position désavantagée. La communauté juridique n'est plus représentative de l'ensemble de

14. LOUISE MARCIL-LACOSTE, « Les problèmes contemporains de l'égalité », (1989-1990) 6 *A.C.D.P.* 47.

15. *Id.*, 49 : l'auteure ajoute que cette notion englobe « tout aussi bien l'absence de discrimination, les droits de la personne, la sécurité juridique, le traitement égal que des chances égales pour une vie heureuse ».

16. *Id.*, 54.

la population sur ce point et les mesures de redressement sont souvent et encore perçues comme de la « discrimination à rebours », bien qu'elles soient essentiellement temporaires et historiquement nécessaires. Le dilemme est d'ordre philosophique et sert de fondement à une « thématique de malentendus¹⁷ ».

Non seulement nous ne savons pas collectivement sur quoi fonder l'égalité ni comment réaliser l'inclusion, mais encore ne savons-nous pas comment reconnaître l'égalité ou l'inégalité avec certitude. Dans un article intitulé « The Elusive Ideal — Defining Equality »¹⁸, la sociologue féministe canadienne, Margrit Eichler, tente de circonscrire le concept de l'égalité dans une perspective sociologique unique, en fonction d'une stratification sociale destinée à mesurer l'égalité ou plutôt l'inégalité. Elle propose une grille d'analyse comportant douze dimensions de l'inégalité, grille susceptible de servir de modèle utile à l'élaboration de solutions concrètes aux dilemmes juridiques actuels. Au lieu de tenter d'imaginer une utopie égalitaire (tâche impossible, d'après elle, dans une société complexe où la division des tâches crée nécessairement une stratification), Eichler définit les inégalités existantes en termes concrets. En se fondant sur la prémisse qu'une société égalitaire se doit de viser à une stratification sociale minimale, elle propose de mesurer, sur une échelle à déterminer, des différences à caractère social et politique, par exemple, des différences dans le contrôle (au sens anglais de mainmise ou pouvoir) sur la propriété (*control over property*), entendu autant de l'accès à la propriété que de ce qui peut faire l'objet d'un droit de propriété dans une société en particulier, des différences dans l'accès et le contrôle sur les biens et services valorisés (*valued goods and services*), des différences dans le contrôle des conditions de travail et des différences dans le contrôle exercé sur le processus politique.

Certains critères portent sur les différences dans le contrôle exercé sur la production du savoir et de l'information ainsi que sur la production et la diffusion des représentations symboliques. D'autres critères touchent au corps de la personne comme tel. Ainsi en est-il des différences dans le contrôle exercé sur son propre corps (la personne a-t-elle l'entière liberté de son intégrité physique, du choix de ses vêtements, de son alimentation, etc. ?), des différences de longévité moyenne ou encore des différences dans le contrôle exercé sur le processus de reproduction du groupe auquel appartient cette personne. S'ajoutent ici des différences dans le degré de

17. *Id.*, 57.

18. MARGRIT EICHLER, « The Elusive Ideal — Defining Equality », (1988) 5 *A.C.D.P.* 167.

contrainte exercé sur les modes de vie quotidiens (*daily lifestyles*) d'une personne. Est-elle libre de se déplacer comme elle veut, de manger à l'heure qui lui convient, par exemple ? D'autres mesures touchent au caractère interrelationnel de la personne, c'est-à-dire ses relations avec d'autres membres de la même société où il peut exister une certaine symétrie ou asymétrie systématique dans les relations affectives, ou encore des différences dans la valeur humaine attribuée (*assigned human worth*) à cette personne ou aux membres de son groupe.

En appliquant cette grille aux rapports femmes/hommes dans la société canadienne en 1988, Eichler constate que, dans chaque dimension d'inégalité, les femmes sont inférieures par rapport aux hommes, que l'écart entre les hommes et les femmes demeure assez important dans sept des onze catégories et que ce sont toujours les femmes qui y perdent, sauf dans le cas de la longévité, qui a peut-être un fondement biologique. Eichler ne se prononce pas cependant sur l'asymétrie des relations affectives, faute de données scientifiques à ce sujet¹⁹. Cette grille peut être extrêmement utile dans la détermination de l'inégalité pour une personne donnée, suivant les diverses caractéristiques de la personne en question²⁰.

Nous ne pourrions explorer ici en détail ni cette grille d'analyse ni ces dimensions de l'inégalité, mais nous les décrivons simplement pour signaler que des universitaires d'autres disciplines ont conscience des problèmes posés par l'égalité et travaillent à la conception d'outils susceptibles de nous aider collectivement à mettre en évidence les problèmes d'inégalité véritable et à y trouver des solutions appropriées.

2 La détermination du groupe victime de discrimination et du groupe de comparaison

Lire les plus récents jugements de la Cour suprême du Canada en matière de droits à l'égalité, c'est comme naviguer à vue dans le brouillard. Et nous nous limiterons dans ce qui suit à la Cour suprême, car sa jurisprudence illustre bien notre propos. Après les tergiversations et les multiples arrêts à dissidence cinglante²¹ — nous ne citerons que les arrêts *Symes*²² et *Thibaudeau*²³ en exemple —, voilà que la décision unanime dans l'arrêt

19. *Id.*, 179-184.

20. MARGRIT EICHLER, *loc. cit.*, note 18, 184-187, poursuit en illustrant comment cette grille peut servir à résoudre des litiges dans le domaine du droit comme tel.

21. Pour une analyse exhaustive de ces divers arrêts, voir : D. PROULX, *loc. cit.*, note 6.

22. *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

23. *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 1 R.C.S. 627.

*Law*²⁴ laissait espérer des jours meilleurs en prescrivant une analyse en trois étapes, soit une différence de traitement, fondée sur un motif énuméré ou analogue, qui a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine : « la question première que se posera le tribunal dans chaque affaire sera de savoir si une atteinte à la dignité humaine a été démontrée, compte tenu des contextes historique, social, politique et juridique dans lesquels l'allégation est formulée²⁵ ».

Petit espoir, en vérité, du côté des juristes, puisque l'ajout de la notion d'« atteinte à la dignité humaine » n'a rien de l'évidence. En effet, cette notion est définie ainsi par la Cour suprême :

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne²⁶.

Même guidée par les quatre facteurs contextuels proposés, l'appréciation d'une atteinte à la dignité demeure néanmoins teintée d'une large part de subjectivité, tributaire de la philosophie personnelle de chacun et de chacune, ce qui tend à en rendre l'application difficilement prévisible, comme plusieurs auteurs l'ont déjà constaté²⁷. D'ailleurs, ce concept de « dignité » est si imprécis que sa définition peut, à la limite, aller dans tous les sens. Certains semblent même parfois assimiler une politique d'égale dignité précisément à la redoutable règle de la cécité. Ainsi, selon le philosophe Charles Taylor,

[pour les tenants de la politique d'égale dignité], le principe de respect égal implique que nous traitons tout le monde en étant aveugles aux différences. L'institution fondamentale — les humains commandent ce respect — s'attache à ce qui est identique en tous. Pour [les tenants de la politique de la différence], on doit reconnaître et même favoriser la particularité. Le reproche que la première politique fait

24. Arrêt *Law*, précité, note 1.

25. *Id.*, paragr. 83.

26. *Id.*, paragr. 53.

27. Voir notamment : DANIEL PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux chartes, deux modèles », (2003) *R. du B. Numéro spécial* 487 ; DOMINIQUE GOUBAU, GHISLAIN OTIS et DAVID ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux », (2003) 44 *C. de D.* 3, 27, ainsi que les sources citées à leur note 72 ; DAVID ROBITAILLE, *loc. cit.*, note 6, 332.

à la seconde est de violer le principe de non-discrimination. La seconde reproche à la première de nier toute identité en imposant aux gens un moule homogène qui ne leur est pas adapté. Ce serait déjà suffisamment grave si le moule était lui-même neutre — le moule de personne en particulier. Mais le grief va généralement plus loin. Le reproche est que l'ensemble prétendument neutre de principes de dignité politique aveugles aux différences est, en fait, le reflet d'une culture hégémonique²⁸.

Du côté des philosophes et des juristes, il règne donc un certain cynisme professionnel acquis, doublé d'une crainte du retour de Thémis aux yeux bandés.

Les profanes, par contre, ont de la difficulté à comprendre que la belle unanimité quant à la démarche et aux critères proposés par l'arrêt *Law* puisse conduire aux cinq jugements de l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*²⁹ fondés, tous, sur ces mêmes critères.

Et il n'y a pas que les non-juristes. Imaginez la surprise des juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse qui avaient examiné à la loupe les critères de l'arrêt *Law* précité et qui les avaient appliqués en tenant compte des arrêts *M. c. H.*³⁰ de 1999 et *Miron*³¹ de 1995. Rappelons que, dans l'affaire *M. c. H.*, la Cour suprême a confirmé, à la majorité, l'existence d'une obligation alimentaire entre conjoints de même sexe lorsque la relation avait été marquée par des rapports de dépendance financière. Dans l'arrêt *Miron*, la majorité de la Cour suprême a conclu qu'une disposition d'une police d'assurance automobile privée limitant la définition de « conjoint » au conjoint marié violait l'article 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier. La Cour suprême a donc inséré une nouvelle définition du terme « conjoint » rétroactivement, par le procédé de l'interprétation large, appelé le *reading in*.

Il était normal, à la lumière de ces arrêts, de conclure que des dispositions législatives faisant des distinctions entre les couples mariés et les couples non mariés, y compris les couples de même sexe, étaient inconstitutionnelles, parce qu'elles étaient contraires à l'article 15 (1) de la Charte canadienne. Plusieurs provinces avaient d'ailleurs légiféré en ce sens et une volumineuse jurisprudence a fait de même, du moins dans les provinces de

28. CHARLES TAYLOR, *Multiculturalisme, différence et démocratie*, coll. « Champs », Paris, Flammarion, 1994, p. 62 et 63 (cité dans CHRISTIAN BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 76). Voir également : Rapport d'évaluation, p. 4.

29. Arrêt *Gosselin*, précité, note 2. Il s'agit d'un jugement majoritaire signé par la juge en chef et de l'opinion de quatre juges dissidents.

30. *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

31. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

common law³². La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a aussi appliqué l'arrêt *Miron* pour apprendre par la suite qu'elle était dans l'erreur, selon la majorité de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Walsh*³³, arrêt rendu le 19 décembre 2002.

Cet arrêt mérite de s'y arrêter. Dans cette affaire, les parties, M^{me} Susan Walsh et M. Wayne Bona, ont cohabité durant environ dix ans. Au moment de la rupture de la relation, M^{me} Walsh réclame une pension alimentaire pour elle-même et les deux enfants nés de cette union. Elle demande en plus un jugement déclarant inconstitutionnelle la définition de « conjoint » de la *Matrimonial Property Act* qui se limite aux conjoints mariés et qui, de ce fait, contrevient à son droit à l'égalité en vertu de l'article 15 (1) de la Charte canadienne, car M^{me} Walsh ne peut bénéficier de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux prévue dans cette loi.

La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a rejeté la requête, en s'appuyant sur la dissidence dans l'affaire *Miron*³⁴. Le juge Flinn de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé cette décision en se fondant, entre autres, sur la majorité dans l'affaire *Miron* toujours. La majorité de la Cour suprême va infirmer cette décision à son tour, en établissant une distinction entre les besoins alimentaires découlant d'une relation de conjoints de fait et le partage des biens des couples mariés et en affirmant qu'il faut respecter la liberté de choix des parties de se marier ou de ne pas se marier en matière de partage de biens, même ceux qui sont acquis pendant l'union. La majorité s'écarte donc de la voie tracée dans les arrêts *M. c. H.*³⁵ et *Miron*³⁶.

Seule la juge L'Heureux-Dubé est dissidente dans cette affaire et elle note que la liberté de choix se révèle souvent illusoire dans certaines relations et qu'elle ne saurait être déterminante³⁷. Elle a mis à nu plusieurs fois les véritables rapports de force dans les familles. Elle l'a fait dans les arrêts *Moge*³⁸, *Miron*³⁹ et *M. c. H.*⁴⁰, par exemple, en insistant sur les relations concrètes entre les parties, plutôt que sur le droit strict, sur le fait qu'il

32. Voir : DOMINIQUE GOUBAU, GHISLAIN OTIS et DAVID ROBITAILLE, *loc. cit.*, note 27, 21 et suiv. ainsi que les nombreuses sources y citées.

33. Arrêt *Walsh*, précité, note 3.

34. *Id.*, paragr. 11 et 12.

35. Voir : *M. c. H.*, précité, note 30.

36. Voir : *Miron c. Trudel*, précité, note 31.

37. Voir : arrêt *Walsh*, précité, note 3, paragr. 141-157.

38. *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

39. Voir : *Miron c. Trudel*, précité, note 31.

40. Voir : *M. c. H.*, précité, note 30.

s'agissait, selon le cas, d'un couple marié, de conjoints de fait et d'un couple composé de deux femmes. Elle va à l'essentiel, soit les relations de confiance mutuelle et d'interdépendance constitutives d'une famille, relations créant des droits et des obligations. Nous partageons son avis sur le caractère illusoire de certains « choix », mais pas son analyse sur un point en particulier.

Sur la question du fondement de la discrimination, c'est-à-dire du groupe victime de discrimination et du groupe qui doit servir de comparaison, le jugement de l'arrêt *Walsh* est unanime. En effet, même la juge L'Heureux-Dubé en convient. Elle dit : « De toute évidence, les groupes de comparaison en l'espèce sont les couples hétérosexuels mariés et les couples hétérosexuels non mariés⁴¹. »

Cependant, il n'y a rien d'évident dans ce choix. Voilà précisément ce qui pose problème. En effet, ce choix entraîne des conséquences importantes. La Cour suprême du Canada le reconnaît elle-même dans l'arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*⁴² : « Si [...] [l'appelant] a choisi le mauvais groupe de comparaison, le reste de son analyse s'effondre sous le poids d'une prémisse erronée⁴³. »

Évidemment, la Cour suprême a énuméré certaines balises dans l'arrêt *Law*, mais en termes si généraux qu'il est difficile d'y voir un guide assuré, si guide il y a :

Il faut examiner à la fois l'objet et l'effet des dispositions pour faire ressortir le groupe ou les groupes de comparaison appropriés. D'autres facteurs contextuels peuvent également être pertinents. Les ressemblances ou dissemblances biologiques, historiques et sociologiques peuvent être pertinentes en particulier pour cerner l'élément de comparaison approprié et, de façon plus générale, pour déterminer si les dispositions créent réellement de la discrimination⁴⁴.

Reprenons ici un argument déjà présenté ailleurs en signalant l'erreur qui consiste à « ravalier la Femme⁴⁵ dans la famille » ou, dans le cas à l'étude, à ravalier M^{me} Walsh dans un couple qui n'est plus⁴⁶. Plutôt que d'analyser la situation de M^{me} Walsh en fonction de son sexe et des

41. Arrêt *Walsh*, précité, note 3, paragr. 83 (j. L'Heureux-Dubé).

42. *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703.

43. *Id.*, paragr. 64 (j. Binnie). Voir également : Rapport d'évaluation, p. 4.

44. Arrêt *Law*, précité, note 1, paragr. 57.

45. Le mot « Femme » est employé au singulier et avec une majuscule dans le présent texte pour décrire le concept de Femme, alors que les termes « les femmes » désignent des femmes en chair et en os et leur situation concrète.

46. Voir : MICHELLE BOIVIN, « La catégorie « Femme/s » dans la discrimination fondée sur le sexe », (1998) 13 R.C.D.S. 29, 49-55.

rapports de genre que cela suppose, la Cour suprême analyse la situation sous l'angle du couple. Ainsi, la Femme peut être ravalée dans le couple lorsque le partenaire masculin se prétend victime d'un désavantage historique très marqué, mais pour les seules femmes. La majorité dans l'arrêt *Walsh* reprend un extrait de la majorité dans l'arrêt *Miron*, aux termes duquel la juge McLachlin (qui allait devenir juge en chef par la suite) relève les désavantages historiques dont ont fait l'objet les « concubins » et constate ceci :

De nombreux faits établissent que les partenaires non mariés ont souvent subi un désavantage et un préjudice au sein de la société. En effet, traditionnellement dans notre société, on a considéré que le partenaire non marié avait moins de valeur que le partenaire marié. Parmi les désavantages subis par les partenaires non mariés, mentionnons l'ostracisme social par négation de statut et de bénéfices. Au cours des dernières années, le désavantage subi par des personnes vivant en union illégitime a grandement diminué. Nous sommes loin du temps où elles [les personnes, s'entend] étaient obligées d'afficher sur elles la lettre A (pour adultère). Néanmoins, on ne saurait nier le désavantage historique subi par ce groupe⁴⁷.

La juge en chef McLachlin fait bien sûr allusion au célèbre roman de l'américain Nathaniel Hawthorne, *The Scarlet Letter*⁴⁸, où l'héroïne Hester Prynne, coupable d'adultère, est forcée de porter une lettre écarlate sur ses vêtements. Toutefois, son amant, le réverend Dimmesdale, coupable d'adultère également, n'a pas subi la même contrainte, la même honte, ni le même ostracisme social. Hawthorne décrit ainsi, en conclusion, le moment où le réverend Dimmesdale gît sur son lit de mort, entouré de quelques fidèles :

Most of the spectators testified to having seen, on the breast of the unhappy minister, a SCARLET LETTER—the very semblance of that worn by Hester Prynne—imprinted in the flesh. As regarded its origin, there were various explanations, all of which must necessarily have been conjectural [...].

[...] certain persons, who were spectators of the whole scene, and professed never once to have removed their eyes from the Reverend Mr. Dimmesdale, denied that there was any mark whatever on his breast, more than on a new-born infant's. Neither, by their report, had his dying words acknowledged, nor even remotely implied, any, the slightest connection, on his part, with the guilt for which Hester Prynne had so long worn the scarlet letter⁴⁹.

Est-il nécessaire de préciser ici que la situation entre concubin et concubine n'a jamais été symétrique ? Que l'une payait beaucoup plus cher que l'autre le prix du péché commun ? Citons comme seul exemple l'article

47. Arrêt *Walsh*, précité, note 3, paragr. 41.

48. NATHANIEL HAWTHORNE, *The Scarlet Letter*, New York, Dodd, Mead & Company, 1948 [1re éd. : 1850].

49. *Id.*, p. 266 et 267.

du *Code civil du Bas Canada*, abrogé en 1954 seulement, qui autorisait le mari à demander la séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme, alors que la femme devait, en plus, prouver que le mari tenait sa concubine dans la maison commune⁵⁰. La fausse neutralité, plaquée sur une réalité concrète d'inégalités persistantes, a pour effet de consolider cette inégalité.

La Cour suprême répète ici la même erreur de fausse neutralité et de fausse réciprocité des rapports déjà commise dans l'arrêt *Thibaudeau*⁵¹. Dans ce cas, M^{me} Thibaudeau a contesté la constitutionnalité du régime fiscal exigeant qu'elle ajoute à son revenu la pension alimentaire versée par son ex-conjoint au profit de leurs enfants en invoquant l'article 15 (1) de la Charte canadienne et son droit à l'égalité, ou mieux à la non-discrimination par rapport à son ex-conjoint. Sa solution consistait à considérer les enfants comme des contribuables individuels et à leur attribuer la pension alimentaire à titre de revenu personnel, avec les conséquences fiscales qui en auraient découlé normalement. La Cour suprême a évité d'explorer les conséquences de l'éclatement de la « famille » pour les mères gardiennes, désormais chefs de famille monoparentale et a fait dévier la question pour analyser l'ensemble du système inclusion/déduction, refusant de qualifier la disposition comme créant une discrimination fondée sur le sexe, en dépit du fait que les chiffres du gouvernement fédéral même indiquaient que les femmes représentaient 98 p. 100 des personnes touchées par la disposition. Elle a décidé de la qualifier plutôt de discrimination fondée sur le statut de « parent gardien divorcé ou séparé », motif jugé analogue aux autres motifs énoncés à l'article 15. À partir de cette qualification, le groupe qui devait servir aux fins de comparaison devenait les parents gardiens non divorcés ou séparés, et le tout se terminait par un bénéfice net à l'avantage d'une nouvelle institution juridique : l'« unité familiale postdivorce ». La majorité a refusé de creuser plus loin pour examiner l'impact différencié sur les divers membres de l'« unité familiale postdivorce », et ce, malgré la dissidence cinglante de la juge L'Heureux-Dubé, qui, malheureusement, n'est pas dissidente sur ce point⁵². Cet aspect du jugement provoque des préoccupations théoriques, car le cheminement logique ici illustre clairement

50. C.c.B.C., art. 188.

51. *Thibaudeau c. Canada*, précité, note 23.

52. *Id.*, p. 654-655, où la juge L'Heureux-Dubé ironise : « Peut-être un simple exemple hypothétique suffira-t-il à illustrer plus clairement le fait que cette inégalité découle de la LIR plutôt que du droit de la famille. Supposons que dans le cadre d'un nouveau programme conçu pour tenir compte des coûts élevés liés au maintien de deux domiciles, le gouvernement décide de fournir une subvention nette de 1 000 \$ à tous les couples séparés afin de les aider à satisfaire les besoins financiers de leurs enfants. Supposons en outre que cette subvention nette de 1 000 \$ provient de la remise d'une somme de 2 000 \$ au

plusieurs des « péchés capitaux sexistes » énoncés par la sociologue Margrit Eichler⁵³. L'erreur de raisonnement consiste à considérer la famille ou le couple comme la plus petite unité d'analyse et à occulter ainsi les répercussions différenciées d'une politique donnée sur les divers membres de la famille, hommes, femmes et enfants.

Il y aurait donc toujours lieu d'analyser la situation du point de vue des « concubines » et des véritables choix dont elles disposent, surtout lorsqu'elles ont des enfants issus de la relation. Toutes les femmes ne sont pas dans la même situation, et il ne faut pas tomber dans le piège des femmes nécessairement et toujours victimes. De nombreuses femmes ont réussi à atteindre une autonomie et une indépendance économiques qui leur permettent de faire certains choix — dont le choix de se marier ou non, de mettre les biens en commun ou non, et ainsi de suite. L'analyse juridique devrait donc tenir compte de ces particularités individuelles.

Il faudrait savoir pourquoi le couple ne s'est pas marié et exiger une preuve dans un sens ou dans l'autre. Vu les rapports inégaux qui marquent encore les relations femmes/hommes dans notre société (dans les rapports affectifs souvent, mais aussi sur le plan politique et socioéconomique), les tribunaux devraient vérifier si la même inégalité marque les rapports du couple particulier et si la fin de la relation place la femme en question dans une position de vulnérabilité économique particulière, ce qui exigerait une protection juridique accrue.

Il ne faut pas non plus oublier les enfants dans cette analyse. Dans l'arrêt *Walsh*, le juge Bastarache, au nom de la majorité, déclare ceci : « Nous sommes [...] en présence de personnes dont on ne peut présumer qu'elles ont accepté toutes les obligations découlant du mariage⁵⁴. »

conjoint non gardien et du prélèvement d'un impôt de 1 000 \$ du conjoint gardien. Supposons enfin que le nouveau programme prévoit la possibilité pour le conjoint gardien de revendiquer sa quote-part de la subvention nette en recourant aux procédures actuelles du droit de la famille, mais qu'aucun mécanisme n'a été officiellement établi pour assurer le partage équitable de ces avantages et obligations supplémentaires. Un tel programme a-t-il pour effet de conférer un avantage aux conjoints non gardiens et d'imposer un désavantage aux conjoints gardiens ? A-t-il pour effet de créer un fardeau ou un avantage inégal ? ».

53. MARGRIT EICHLER, *Les six péchés capitaux sexistes*, Québec, Université Laval, Les Cahiers de recherche du GREMF, p. 3. Ces six péchés, en matière de recherche, sont : 1) la sur-généralisation ou la sous-spécification ; 2) le postulat d'un dualisme naturel entre les sexes ; 3) le postulat d'une réalité sociale identique pour les deux sexes ; 4) le postulat d'un comportement approprié au sexe ; 5) le double standard ; et 6) la décontextualisation.

54. Arrêt *Walsh*, précité, note 3, paragr. 35.

Soit, pour les adultes. Cependant, la seule présence d'enfants aurait dû amener la Cour suprême à présumer d'un engagement stable et d'obligations à endosser, bon gré mal gré. En effet, la grande efficacité des moyens de contraception à notre disposition aujourd'hui fait en sorte que, en l'absence de preuve contraire, devient parent qui veut. Ni la négligence, ni l'insouciance, ni le fait de s'en remettre à l'autre partenaire ne saurait suffire pour échapper aux obligations à l'égard des enfants. Cela est bien sûr acquis en droit au Québec où la distinction entre les enfants légitimes et les enfants dits « naturels⁵⁵ » a pratiquement disparu⁵⁶. Comme le font si justement remarquer les auteurs Goubau, Otis et Robitaille :

L'autonomie de la volonté et la liberté individuelle sur le chapitre du partage des biens familiaux se comprennent fort bien tant que seuls les intérêts des conjoints sont en jeu. Par contre, ce raisonnement devient inopérant lorsque la situation est examinée du point de vue des enfants. Nous ne saurions ici avancer que la législation reflète de façon appropriée la situation des conjoints de fait en respectant leurs attentes et leur choix de ne pas se marier puisque le contexte pertinent aux fins de l'article 15 de la Charte ne peut faire abstraction des situations parentales indissociables des besoins et des intérêts des enfants qui, eux, n'ont certes pas choisi la forme de l'union conjugale de leurs parents. Comment pourrait-il y avoir alors une correspondance entre le motif de distinction qu'est l'union de fait et la situation des personnes touchées par cette distinction ?

[...] Personne ne contestera que la situation matérielle de l'enfant dépend directement du niveau de vie de son parent gardien. Par conséquent, l'existence de mécanismes de protection financière des conjoints a une incidence immédiate sur les enfants.

[...] Les recherches réalisées à ce jour permettent d'affirmer que, dans le cas de couples avec enfants, faire fi de toute inégalité patrimoniale des conjoints de fait après la séparation serait de nature à pénaliser les choix parentaux faits en fonction du bien de l'enfant pendant la vie conjugale et à hypothéquer la capacité parentale de faire de tels choix au-delà de la vie commune des parents⁵⁷.

Ces auteurs critiquent l'arrêt *Walsh* et soutiennent — avec raison — que la Cour suprême aurait dû « relativiser [...] son attachement à l'autonomie des parents en reconnaissant que, en présence d'enfants, la législation niant tout effet patrimonial obligatoire à l'union de fait ne correspond pas réellement aux besoins et à la situation véritables des conjoints de fait et de leurs enfants⁵⁸ ». Ils proposent de faire de la présence ou de

55. Par opposition à quoi ?

56. *Code civil du Québec*, 1991, c. 64, art. 522. Voir toutefois : D. GOUBAU, G. OTIS et D. ROBITAILLE, *loc. cit.*, note 27, 13, 14, 37 et 38.

57. DOMINIQUE GOUBAU, GHISLAIN OTIS et DAVID ROBITAILLE, *loc. cit.*, note 27, 37 et 38.

58. *Id.*, 38.

l'absence d'enfants l'élément concluant de la distinction⁵⁹. Nous ne pouvons que souscrire à leur analyse des conséquences économiques désastreuses de la maternité et de la paupérisation des mères gardiennes dont la preuve n'est plus à faire⁶⁰.

Il ne faudrait pas néanmoins enlever toute possibilité de recours dans les cas où une femme sans enfant pourrait aussi se retrouver dans le dénuelement au sortir d'une relation. Il n'est pas question ici de créer une présomption en ce sens, mais simplement de permettre la présentation de preuves pertinentes, le cas échéant.

Le monde a changé, soit. Sous la poussée des pressions féministes, la société a été profondément transformée : les femmes ne sont plus automatiquement considérées comme un prolongement de leur mari et une politique sociale qui avantage la « famille » n'est pas nécessairement dans le meilleur intérêt de chacun de ses membres, pris individuellement. La Femme est une personne distincte et du conjoint et du concubin et de ses propres enfants, même *in utero*. L'analyse juridique qui refuse de mesurer l'impact différent sur les femmes des diverses politiques sociales ayant pour objet de « favoriser la famille » a malheureusement pour effet de perpétuer la discrimination à l'endroit des femmes, de renforcer leur invisibilité en les « ravalant » dans la « famille ». De la même manière, le refus d'analyser l'impact différencié sur les enfants a aussi pour effet de les occulter et de bafouer leurs droits.

Après ce long détour, revenons à l'idée principale : où en est l'état de la jurisprudence en cas de rupture de couples non mariés ? Il semble établi qu'il existe des obligations alimentaires entre couples, mariés ou non, hétérosexuels ou non, du moins dans les provinces de common law. Cela n'est pas le cas au Québec⁶¹. Pour ce qui est du reste, l'arrêt *Walsh*⁶² vient tout remettre en cause. Est-ce que seuls les tiers doivent reconnaître une relation de couple hétérosexuel non marié comme l'équivalent d'un mariage ? Seuls les assureurs⁶³ ?

Qu'en est-il de la constitutionnalité des lois adoptées pendant les années 90 qui offrent, notamment en Nouvelle-Écosse, aux couples hétérosexuels non mariés la possibilité d'opter pour le régime matrimonial en

59. *Id.*, 51.

60. *Id.*, 46 et suiv., ainsi que les nombreuses sources y citées.

61. *Id.*, 48 et suiv.

62. Arrêt *Walsh*, précité, note 3.

63. *Miron c. Trudel*, précité, note 31.

vigueur en enregistrant simplement leur union⁶⁴ ? Ou encore de la réforme du Code civil en 2002, par laquelle le législateur québécois créait la nouvelle institution juridique qu'est l'union civile, permettant désormais aux couples, hétérosexuels et homosexuels, de s'engager réciproquement et de se soumettre à un ensemble de droits et obligations similaires mais non identiques à ceux qui découlent du mariage⁶⁵ ? Ces lois ne portent-elles pas atteinte aux droits à l'égalité des couples mariés qui ne peuvent se soustraire au régime légal ? Par exemple, l'institution juridique du « patrimoine familial » au Québec⁶⁶ peut-elle être attaquée parce qu'elle entrave la liberté des couples mariés quant au régime de biens qui leur est applicable ? N'ont-ils pas de liberté de choix ? La situation est nébuleuse. Passons pour l'instant à la troisième partie de notre texte dans laquelle nous adoptons une perspective plus large pour traiter de la discipline du droit.

3 Le manque de solutions juridiques adéquates et le risque de marginalisation du droit

Odile Dhavernas, juriste française, disait, de façon cynique, mais à juste titre : « Les solutions juridiques sont de toutes les moins coûteuses⁶⁷. » Elle n'avait pas tort. En effet, la jurisprudence en matière de droits, en général, et de droit à l'égalité, en particulier, est marquée par une non-pertinence frappante et un manque de solutions adéquates pour remédier à l'inégalité constatée, le cas échéant. Arrêtons-nous ici brièvement à l'arrêt *Gosselin*⁶⁸, sans prétendre en analyser de façon exhaustive les cinq jugements, soit un jugement majoritaire signé par la juge en chef et quatre jugements dissidents, tous fondés sur les mêmes critères mais avec des

64. « [S]elon les dispositions de la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 494 : voir *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, ch. 29 » : Arrêt *Walsh*, précité, note 3, paragr. 76 (j. L'Heureux-Dubé).

65. Voir à ce sujet : BENOÎT MOORE, « L'union homosexuelle et le Code civil du Québec : de l'ignorance à la reconnaissance ? », (2002) 81 *R. du B. can.* 121 ; BRIGITTE LEFEBVRE, « Projet de loi 84 : quelques considérations sur les nouvelles dispositions en matière de filiation et sur la notion de conjoint », (2002) 2 *C.P. du N.* 3 ; GUY LEFRANÇOIS, « La dissolution de l'union civile », (2002) 2 *C.P. du N.* 31.

66. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55 (sanctionnée le 22 juin 1989, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1989).

67. ODILE DHAVERNAS, *Droits des femmes, pouvoir des hommes*, Paris, Éditions du Seuil, 1978, p. 363.

68. Arrêt *Gosselin*, précité, note 2.

raisonnements différents. Cet arrêt a été décrit comme le plus important de 2002 en droit constitutionnel⁶⁹.

Souvenons-nous que l'affaire *Gosselin* porte sur un programme du gouvernement du Québec qui, en 1984, a modifié le régime d'aide sociale en vigueur en vue d'encourager les jeunes à obtenir une formation professionnelle et à s'intégrer dans la population active :

En vertu de ce régime [abrogé en 1989⁷⁰], l'allocation de base payable aux bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans était inférieure à celle accordée aux 30 ans et plus. L'élément novateur de ce régime était qu'il obligeait les bénéficiaires de moins de 30 ans à participer à une activité de travail désignée ou à un programme de formation pour recevoir un montant comparable à celui touché par les bénéficiaires plus âgés⁷¹.

M^{me} Louise Gosselin intente alors un recours collectif au nom de plus de 75 000 personnes, membres du groupe des personnes qui vivaient au Québec et étaient âgées de 18 à 30 ans à un moment quelconque au cours de la période s'étendant de 1985 à 1989, personnes qui ont touché l'allocation de base inférieure payable aux moins de 30 ans et ne participaient pas aux programmes gouvernementaux pour quelque raison que ce soit⁷². En effet, M^{me} Gosselin soutient que l'allocation de base inférieure payable aux personnes de moins de 30 ans contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte canadienne ainsi qu'à l'article 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec⁷³ et que les violations à la Charte canadienne ne peuvent se justifier au regard de l'article premier de cette charte⁷⁴. Elle demande à la Cour suprême d'ordonner au gouvernement du Québec de rembourser une somme égale à l'écart entre les allocations de base à toutes ces personnes, de telle sorte que la Cour devrait ainsi ordonner au gouvernement du Québec de payer presque 389 millions de dollars plus les intérêts accumulés depuis 1985⁷⁵.

69. PATRICK J. MONAHAN et NADINE BLUM, « Constitutional Cases 2002 : An Overview », (2003) 20 *S.C.L.R.* (2d) 3, 5. Signalons que l'arrêt *Walsh* se situe en quatrième place selon les votes du Conseil consultatif en matière constitutionnelle de la Faculté de droit Osgoode Hall de l'Université York.

70. Arrêt *Gosselin* précité, note 2, paragr. 9.

71. *Id.*, paragr. 2.

72. *Id.*, paragr. 4 (j. en chef McLachlin).

73. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

74. Arrêt *Gosselin*, précité, note 2, paragr. 3.

75. *Id.*, paragr. 4.

Nous ne voulons pas prendre position ici dans ce qui doit être l'un des dossiers les plus mal menés de l'histoire du droit canadien. Rappelons les faits : un seul témoignage d'une seule « plaignante » dans un recours collectif qui regroupait plus de 75 000 personnes ! Et quel témoignage ! En dépit des allégations de manque de places pour participer aux programmes, M^{me} Gosselin avait, de fait, pris part à chacun des trois programmes disponibles⁷⁶, qu'elle avait abandonnés tour à tour « apparemment en raison de ses problèmes personnels et de ses traits de personnalité⁷⁷ ».

Dans l'historique des faits judiciaires, signalons que le juge de la Cour supérieure a rejeté le recours puisqu'il n'y avait aucune violation des droits de la plaignante. La Cour d'appel du Québec a confirmé la décision à la majorité (pour des motifs différents), le juge Robert (qui allait devenir juge en chef par la suite) étant dissident, car il a exprimé l'avis que le régime d'aide sociale violait les deux chartes et ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la Charte canadienne. « Il aurait cependant rejeté la demande de dommages-intérêts, considérant qu'il ne s'agissait pas d'une réparation convenable⁷⁸. » La Cour suprême rend sa décision le 19 décembre 2002, soit dix-sept ans après l'adoption du régime et douze ans après son abrogation ! Elle se divise en un jugement de cinq contre quatre et les quatre dissidences sont diversement fondées, mais elles sont unanimes quant à la réparation. Le juge Bastarache, dissident, qui rallie toutes les autres dissidences sur ce point⁷⁹, aurait déclaré inopérante la disposition législative créant le régime. Si la mesure avait encore été en vigueur, il aurait suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pendant dix-huit mois. Et il aurait rejeté la demande de dommages-intérêts pour trois motifs : d'abord parce qu'il n'y a pas, en règle générale, de réparation rétroactive ; ensuite, parce que le montant exact dû à chaque personne du groupe serait difficile à calculer ; et, enfin, parce qu'il faut tenir compte :

[...] des dépenses importantes que ferait le gouvernement s'il devait verser des dommages-intérêts [...] bien que la prise en compte de considérations budgétaires puisse ne pas être pertinente dans l'analyse de la question de fond touchant la *Charte*, elle l'est dans la détermination de la réparation. Obliger le gouvernement

76. *Id.*, paragr. 7 : il s'agissait de « Stages en milieu de travail, Travaux communautaires et Rattrapage scolaire ».

77. *Id.*, paragr. 8.

78. *Id.*, paragr. 11. Voir aussi le détail du jugement du juge Robert dans le jugement du juge Bastarache : (paragr. 188, 189 et 192).

79. *Id.*, paragr. 397-399 : la juge Arbour souscrit à l'opinion du juge Bastarache quant à la réparation. La juge L'Heureux-Dubé fait de même (paragr. 149), tout comme le juge LeBel (paragr. 434).

à verser pratiquement un demi-milliard de dollars [...] aurait une incidence appréciable sur sa situation financière et peut-être même sur l'économie générale de la province de Québec⁸⁰.

Un seul élément unificateur dans tout ce dédale de raisonnements (presque une décision différente par juge) : aucun argent, pour le groupe, qu'il y ait ou non violation de la Charte. L'ironie — et elle est de taille ! — est que même les juges qui ont décidé qu'il y avait discrimination et que cette dernière n'était pas justifiable dans une société libre et démocratique, n'auraient pas versé un seul sou d'indemnisation aux victimes de cette discrimination, victimes qui disaient avoir été plongées dans l'indigence par l'action gouvernementale. Ces victimes avaient d'ailleurs eu amplement le temps de mourir de faim ou de froid depuis dix-sept ans, auxquels il faut encore ajouter les dix-huit mois de grâce accordé au gouvernement du Québec pour réformer le régime. Deux hivers de plus en l'occurrence !

En quoi consiste alors la réparation du préjudice constaté pour la dissidence toujours ? En « un jugement déclaratoire constatant cette violation⁸¹ ». Il faut vraiment aimer les jugements déclaratoires pour s'en contenter lorsque les droits dits « fondamentaux » ont été violés par le gouvernement et que le judiciaire l'a constaté. Évidemment, ce refus de conclure à la fois à une déclaration d'invalidité d'une loi discriminatoire et à une condamnation de l'État à verser des dommages-intérêts n'est pas nouveau. Il date de plus de dix ans, depuis l'arrêt *Shachter*⁸². Cette position a d'ailleurs fait l'objet de multiples critiques depuis ce temps⁸³.

De manière à ajouter à ce courant critique, résumons l'arrêt *Gosselin*⁸⁴ autrement. La Cour suprême du Canada a rendu jugement le 19 décembre 2002, où elle affirmait la validité constitutionnelle d'un régime

80. *Id.*, paragr. 297 (j. Bastarache). Sur le refus de la Cour d'examiner à fond la question de la séparation des pouvoirs entre le législatif et le judiciaire, voir : JAMIE CAMERON, « Positive Obligations Under Sections 15 and 7 of the Charter : A Comment on *Gosselin v. Québec* », (2003) 20 *S.C.L.R.* (2d) 65.

81. *Id.*, paragr. 96 (j. en chef McLachlin).

82. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 720. Voir : Rapport d'évaluation, p. 5.

83. Voir notamment à ce sujet : GHISLAIN OTIS, « Que reste-t-il de l'article 24 de la Charte canadienne après l'affaire Schachter ? », (1993) 72 *R. du B. can.* 162 ; GHISLAIN OTIS, « La Charte canadienne et le nécessaire dépassement du modèle diceyen de la responsabilité publique », (1993) 3 *N.J.C.L.* 243 ; GHISLAIN OTIS, « Personal Liability of Public Officials for Constitutional Wrongdoing : A Neglected Issue of *Charter* Application », (1996-1997) 24 *Man. L. J.* 23 ; DAVID J. MULLAN, « Damages for Violation of Constitutional Rights — A False Spring ? », (1995-1996) 6 *N.J.C.L.* 105. Voir : Rapport d'évaluation, p. 6.

84. Pour d'autres commentaires sur l'arrêt *Gosselin*, précité, note 2, voir aussi : DAVID ROBITAILLE, *loc. cit.*, note 6, 334 et suiv.

du gouvernement du Québec, abrogé depuis 1989. La lutte a été chaude puisque le jugement est de cinq contre quatre⁸⁵, comme elle l'avait été à la Cour d'appel avec un jugement de deux contre un. De toute manière, le tribunal n'aurait pas accordé de dommages-intérêts, peu importe le résultat. Quelle catastrophe ! Exposer ainsi au grand public l'inefficacité et la marginalisation progressive du droit dans la société d'aujourd'hui. Cependant, quelle importance peut revêtir une telle décision dix-sept ans après l'adoption du régime et douze ans après son abrogation, c'est-à-dire douze ans après que le problème a été réglé par le législateur ? Toutes ces sommes investies, tous ces frais engagés pour un tel résultat laissent pantois. Une véritable perte de temps, sauf pour ce qui est des honoraires évidemment.

Dans un autre ordre d'idées, la Cour suprême se prononce de plus en plus souvent dans des dossiers déjà réglés ou théoriques, et il n'est pas sûr qu'il s'agisse là d'une initiative heureuse. Cela avait été le cas dans l'affaire *Daigle*⁸⁶, bien sûr, mais là le besoin d'une décision était urgent. Il n'est pas certain qu'il en ait été de même dans les arrêts *M. c. H.*⁸⁷ ou *Walsh*⁸⁸, cas où les parties avaient réglé avant jugement. La société canadienne serait en droit de nous demander des comptes, à nous, juristes : « À quoi servez-vous donc, excepté à vous alimenter d'arguties de plus en plus subtiles et à imposer, quand bon vous semble, des bouleversements profonds dans la société ? » Un seul exemple parmi d'autres : l'arrêt *Vriend*⁸⁹ qui a imposé au législateur de l'Alberta d'ajouter l'homosexualité aux motifs de discrimination interdite, en dépit d'une manifestation claire de volonté contraire de la part de la législature et de la population. Le pire demeure cependant les délais et le climat d'incertitude qui pèsent sur le droit à l'égalité aujourd'hui.

Dans un discours intitulé « The Incomprehensible Chasing the Unteachable » et prononcé à l'Université de Toronto, au début du mois de mars 2003, le juge Binnie de la Cour suprême du Canada traitait du malaise de la magistrature aux prises avec des problèmes scientifiques pointus⁹⁰.

85. De fait, sur la question de la violation de l'article 7 de la Charte canadienne, la décision est de sept contre deux, alors que sur la violation de l'article 15 de la Charte canadienne, elle est de cinq contre quatre.

86. *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

87. Voir : *M. c. H.*, précité, note 30.

88. Arrêt *Walsh*, précité, note 3.

89. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

90. Voir : « Judges ignorant of science : Binnie », *The Ottawa Citizen*, samedi, 8 mars 2003, p. A6. Le juge proposait diverses solutions, dont la possibilité pour le tribunal de nommer des scientifiques neutres pour conseiller le tribunal de façon indépendante : « Australian courts, for instance, have « soup mix » panels of experts whom [sic] are not tied to either side in a case. »

D'après lui, il faudrait procéder à l'examen de la structure des tribunaux, du processus judiciaire ainsi que des règles de preuve, pour déterminer ce qui empêche une communication plus claire de la « science » au tribunal⁹¹.

Nous sommes d'accord : il faut procéder à un examen des structures juridiques, mais en allant beaucoup plus loin. En effet, la méthode propre au droit, c'est-à-dire la recherche et l'analyse de la loi et de la jurisprudence sur un sujet donné, appartient à des siècles révolus. Il faut réviser les méthodes, les délais et les solutions, à la lumière d'autres disciplines.

En conclusion, le concept d'égalité qui a servi jusqu'ici ne suffit plus. Son imprécision et son incapacité à fonder des distinctions logiques et cohérentes entre les droits des particuliers et les besoins d'une société postmoderne et postcoloniale mènent à des culs-de-sac intellectuels pour le moins inconfortables. Parmi les problèmes d'application de ce concept d'égalité figure, en tête de liste, le choix du motif de discrimination et du groupe de comparaison. Encore une fois, ce choix est teinté de subjectivité et s'arrête trop souvent au groupe que constitue la « famille » plutôt qu'à ses éléments, et ce, presque toujours au détriment des femmes et toujours au détriment des enfants. Enfin, la discipline du droit doit se renouveler de l'intérieur. Il ne suffit plus d'élargir la notion de la connaissance d'office ni d'avoir parfois recours à la multidisciplinarité. Il faut aller beaucoup plus loin dans la reconceptualisation du système juridique et de ses règles internes. Il est urgent de retrouver et de disséminer une pensée cohérente pour persuader la magistrature d'abord et la société ensuite. Cette remise en cause doit se faire dans les plus brefs délais. L'enjeu est important, car le droit, comme discipline, risque de perdre toute légitimité aux yeux de la société canadienne.

91. « Lawyers, judges must become more science-friendly, Binnie tells Toronto audience », *The Lawyers Weekly*, vol. 22, n° 41, 7 mars 2003, p. 1.